

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOHAM LINO NETO

**GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

CURITIBA
2013

JOHAM LINO NETO

**GUARDA COMPARTILHADA E O PRINCÍPIO DO
MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção título de bacharel em Direito, pela
Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Ana Carla Harmatiuk Matos

CURITIBA

2013
RESUMO

Nos últimos anos a guarda dos filhos tornou-se um problema para a sociedade capitalista, pois muitos casais estão rompendo com o seu relacionamento. O objetivo desta monografia é analisar a aplicação da guarda compartilhada após o divórcio e todos os fatos que poderão advir de tal decisão, tendo sempre por interesse melhor atender às necessidades da criança. Neste enfoque foram contemplados diversos assuntos como o histórico da guarda, a evolução legislativa e os tipos de guarda. Outros tópicos também foram tratados, como: o conceito da guarda compartilhada, o benefícios aos filhos, a convivência com os genitores, as vantagens e desvantagens de sua aplicação. É uma ampla pesquisa bibliográfica, além de pesquisa jurisprudencial a respeito do assunto. Por fim, conclui-se que a guarda compartilhada é um ótimo sistema para tratamento dos filhos, evitando danos psicológicos que serão mínimos quando os filhos percebem que têm o direito de conviver com seus pais sabendo que são amados e não terão nenhuma dificuldade de atingir a vida adulto de maneira saudável. O melhor interesse da criança deve sempre ser mantido e o Estado deve intervir para que isso aconteça diante de pais negligentes.

Palavras-chave: crianças; Estado; guarda compartilhada; interesse das crianças.

ABSTRACT

In the last years the policewoman of the children became a problem for the capitalist society, since many couples are breaking with his relationship. The objective of this monograph is to analyse the application of the policewoman shared after the divorce and all the facts that will be able to result from such a decision, always having since better interest pays attention to the necessities of the child. In this approach several subjects were contemplated like the historical of the policewoman, the legislative evolution and the policeman's types. Other topics also were treated, I eat: the concept of the shared policewoman, benefits to the children, the familiarity with the genitors, the advantages and disadvantages of his application. It is a spacious bibliographical inquiry, besides inquiry jurisprudencial as to the subject. Finally, it is ended that the shared policewoman is the best system for treatment of the children, avoiding psychological damages that will be least when the children realize that they have a right of coexisting with his parents when it know what are loved and not and they will not have any difficulty to adult of healthy way reach the life. The best interest of the child owes always be maintained and the State must intervene so that that happens before negligent parents.

Key words: children; when It was; shared policewoman; interest of the children.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 A GUARDA DOS FILHOS	7
2.1 HISTÓRICO DA GUARDA	7
2.2 CONCEITO E TIPOS DE GUARDA	10
2.3 A RELAÇÃO PODER FAMILIAR COM O INSTITUTO DA GUARDA	12
3 A GUARDA COMPARTILHADA	14
3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA	14
3.2 PREVISÃO LEGAL DA GUARDA COMPARTILHADA	18
3.3 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO	19
3.3 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	22
3.4 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA	26
3.5 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA	29
3.6 A GUARDA COMPARTILHADA NA SEPARAÇÃO CONSENSUAL	30
3.7 A GUARDA COMPARTILHADA NA SEPARAÇÃO LITIGIOSA	31
3.8 CONSEQUÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA	33
3.8 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PELO JUDICIÁRIO	36
4 O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	38
4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	38
4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA	40
CONSIDERAÇÕES FINAIS	43
REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

O tema desta monografia é a guarda compartilhada e o princípio do melhor interesse da criança e foi motivado por mostrar a importância de garantir um relacionamento de qualidade entre pais separados e seus filhos.

Com a evolução da humanidade nas últimas décadas, a revolução sexual e o questionamento do fundamentalismo religioso, a guarda dos filhos tornou-se um problema crônico da sociedade capitalista.

A separação dos casais desde o advento da Lei do Divórcio tornou-se comum nas varas de família. Assim como era decisão acatada por grande parte dos juízes a guarda única pertencer à mãe, igualmente evoluía a ideia de que o pai ficasse com a guarda, afinal a criança não tem culpa de sua família se dissolver e daí surge a ideia da preservação da presença de ambos os pais na vida de seus filhos.

Na guarda compartilhada nenhum dos dois carregará sozinho a incumbência de supervisionar a educação de seus descendentes e todos os assuntos referentes aos mesmos, tais como: religião, saúde, lazer, conquistas, entre outros.

A saúde mental, o bem-estar, o convívio familiar e tantas outras necessidades das crianças devem ser preservadas, assim como a igualdade entre homens e mulheres. Obrigações e direitos compartilhados com foco na proteção emocional e psicológica da criança evitam a carga excessiva para um dos pais.

O cerne do trabalho consiste na aplicação da guarda compartilhada após o divórcio e todos os fatos que poderão ocorrer com o advento desta decisão, tendo sempre por interesse melhor atender às necessidades da criança. Será apresentado o histórico da guarda, a evolução legislativa e os tipos de guarda. Também será mostrado o conceito de guarda compartilhada e suas diferenças em relação à guarda alternada. O benefício aos filhos, a convivência com os genitores, as vantagens e desvantagens de sua aplicação, também serão tópicos a serem tratados nesta monografia.

Análise pessoal dedutiva, ampla pesquisa bibliográfica, pesquisa jurisprudencial e eletrônica compõe o trabalho monográfico aqui apresentado.

O primeiro capítulo trata de surgimento da guarda, conceitos dos diferentes tipos de guarda e de como evoluiu a legislação neste sentido.

O segundo capítulo fala sobre o conceito de guarda, expõe previamente o que é guarda compartilhada e também explora o papel do pai e da mãe na guarda.

O terceiro capítulo diz respeito ao conceito de guarda compartilhada, bem como sua evolução e justificativa e como outros países a utilizam. Além disso, será mostrado o conceito e a previsão legislativa no Brasil.

O quarto capítulo apresentará a aplicabilidade da guarda compartilhada e o melhor interesse da criança, como modelo a ser adotado pelo Brasil em alguns casos de separação.

2 A GUARDA DOS FILHOS

A guarda dos filhos, abordada neste capítulo é um assunto importantíssimo, quando se procura atender ao princípio do melhor interesse da criança, passando a entrar no âmbito da concretude legislativa e se afastando das normas meramente programáticas. Assim, respaldado nesse interesse procura-se num primeiro momento, fazer uma breve incursão histórica sobre a guarda, discutindo-se também, aspectos referentes à evolução do conceito de família, conceitos sobre a guarda e por último, uma breve análise da relação entre o poder familiar e a guarda.

2.1 HISTÓRICO DA GUARDA

A análise histórica do surgimento e evolução da guarda, bem como a abrangência do poder familiar e os problemas ocorridos nestas relações devem ser estudados antes de entrar no tema proposto.

Para entender a guarda compartilhada é preciso analisar a evolução da família no direito brasileiro desde o Código Civil de 1916 até os tempos atuais. Esse Código adotava as normas do modelo patriarcal da época, nas quais a família brasileira, em sua maioria rural, tinha na figura do pai o chefe da casa. O pai tinha autoridade e poder, obviamente fortalecido pela condição econômica.

Cabia a mãe a criação dos filhos, ao pai os cuidados econômicos e a união familiar. Não havia participação dos membros da família nestas decisões. A vida dos filhos era fortemente dirigida pelo pai, casamentos e profissões eram decididas sem consulta aos interessados que deviam apenas acatar as ordens do pai.¹

Com o advento do século XX, a família muda estruturalmente e passa a ser urbana por causa da emigração das populações do meio rural e da busca por melhores condições de vida. Os filhos eram mão-de-obra nas fazendas, sítios e roças. Por isso, quanto mais filhos, mais prosperavam as propriedades. Na cidade este pensamento

¹ RODRIGUES, Sílvia. **Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 351.

perde o sentido, já que a necessidade de mão-de-obra não era tão evidente e, assim, houve uma diminuição do tamanho das famílias.²

Com este novo modelo de família, as relações tiveram que mudar, pois as necessidades se acumulavam e o valor monetário pago aos trabalhadores era baixo. Sendo assim, o homem não conseguia dar conta dos gastos financeiros necessitando do trabalho da mulher para a divisão desta responsabilidade, por conseguinte, a mulher deixa de ser submissa e passa a participar ativamente das decisões familiares e o homem que cuidava apenas do sustento familiar passou a preocupar-se também com a educação e criação dos filhos, igualando assim as responsabilidades, direitos e deveres entre o casal.³

Ainda com as teorias do século XX, a mãe era vista como membro fundamental na função da criação dos filhos causando danos impossíveis de reparo caso fosse separada deles, especialmente na primeira infância.⁴

Contudo, com a participação frequente dos homens na divisão das tarefas com maior foco na educação dos filhos e a irreversível inserção da mulher no mercado de trabalho, ocorreram mudanças na estrutura familiar e no entendimento da preferência nata pela guarda da mãe.⁵

Esta mudança aparece na Constituição Federal de 1998⁶, trazendo no inciso I, do artigo 5º, que trata dos direitos individuais e coletivos o texto: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações nos termos desta constituição”. No artigo 226 § 5º, há o nivelamento entre marido e mulher no comando do lar. O texto Constitucional: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Assim sendo, o quadro familiar brasileiro sofreu uma mudança enorme saindo o modelo patriarcal, no qual as decisões eram tomadas pelo marido ou pai e entra o modelo em que ambos são iguais e dividem todas as responsabilidades e decisões.

²Idem.

³Idem.

⁴RODRIGUES, 2004, p. 350.

⁵Idem.

⁶ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2007, p. 132.

Com essa evolução, a educação e criação dos filhos também muda. O poder autoritário do pai é deixado de lado, mudando inclusive a nomenclatura que passa de “pátrio poder” a “poder familiar”.⁷

Cabe aqui ressaltar a mudança desta nomenclatura.

Segundo Sílvio Rodrigues, o pátrio poder significa:

No direito romano o pátrio poder é representado por um conjunto de prerrogativas conferidas ao *pater*, na qualidade de chefe da organização familiar e sobre a pessoa de seus filhos. Trata-se de um direito absoluto, praticamente ilimitado, cujo escopo é efetivamente reforçar a autoridade paterna, a fim de consolidar a família romana, célula-base da sociedade, que nela encontra o seu principal alicerce.⁸

Sobre o poder familiar, Maria Helena Diniz ensina que, “o poder familiar pode ser definido como um conjunto de direitos e obrigações, quanto à pessoa e bens do filho menor e não emancipado, exercido em igualdade de condições por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhes impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho.”⁹

No Código Civil de 1916, o pátrio poder era um direito paterno, a formação emocional e afetiva da criança não era levada em conta. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 1990, respaldada na Constituição de 1988, promove uma mudança nos direitos dos filhos e amplia a igualdade e responsabilidade dos pais.

Por este motivo, o Código Civil de 2002 substitui a expressão pátrio poder por poder familiar por ser mais apropriado à realidade atual, considerando que os pais têm apenas responsabilidades e não poder sobre os filhos

Assim sendo, ambos os pais têm o direito-dever de participar da vida dos filhos não só nos momentos de prazer como na formação educacional, moral e espiritual.

⁷ RODRIGUES, 2004, p. 353.

⁸ Idem.

⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 512.

2.2 CONCEITO E TIPOS DE GUARDA

A origem etimológica de guarda vem do latim *guardare* e do germânico *wardem*, significando proteger, olhar, vigiar e conservar. A guarda consiste no dever de ensinar e proteger os filhos nos aspectos psicológicos, sociológicos, religiosos e educacionais com a finalidade de tornar o infante um adulto saudável e sem preconceitos.¹⁰

Alguns conceitos de guarda no Direito Brasileiro:

De Plácido e Silva, em seu vocabulário jurídico, conceitua guarda dos filhos como, “locução indicativa, seja do direito ou do dever, que compete aos pais ou a um dos cônjuges de ter em sua companhia ou de protegê-los, nas diversas circunstâncias indicadas na Lei Civil. E guarda, neste sentido, tanto significa custódia como proteção que é devida aos filhos pelos pais.”¹¹

O conceito de guarda para Guilherme Gonçalves Strenger é, “a guarda dos filhos ou menores é o poder-dever submetido a um regime jurídico-legal, de modo a facultar a quem de direito, prerrogativas para o exercício da proteção e amparo daquele que a lei considerar nessa condição.”¹²

Valdemar P. da Luz diz que guarda “é a obrigação legal de prestar assistência material, moral e material a menor sob pátrio poder (poder familiar) por parte de seu responsável.”¹³

Marcial Barreto Casabona entende guarda como “conjunto de direitos e obrigações que se estabelece entre um menor e seu guardião, visando a seu desenvolvimento pessoal e integração social.”¹⁴

Conclui-se então, que a guarda dos filhos é não só um direito como um dever de quem se torna responsável pelos filhos de protegê-los, educá-los e garantir um crescimento saudável.

¹⁰Idem.

¹¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 366.

¹² STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 32.

¹³ LUZ, Valdemar P. da. **Curso de Direito de família**. São Paulo: LTr, 2002, p. 263.

¹⁴ CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2002, p.103.

Essa proteção está prevista na legislação brasileira nos artigos 1583 a 1590 do Código Civil Brasileiro, artigos 33 a 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Divórcios, Lei 6.515/1977, nos artigos 9º ao 16º.

A doutrina reconhece várias modalidades de guarda, de acordo com a origem e seus fins. Neste contexto, a guarda comum consiste na convivência e na comunicação diária entre pais e filhos. Sua origem decorre do fato da paternidade e da maternidade e deve manter-se nas hipóteses de cisão, através do compartilhamento.¹⁵

Outro tipo é a guarda originária que corresponde aos pais e integrada no poder familiar, como um direito-dever de plena convivência com o menor e vice-versa e possibilita o exercício de todas as funções parentais. A guarda derivada é a que surge da lei e corresponde a quem exerça a tutela do menor. A guarda de fato se estabelece por decisão própria de uma pessoa que toma o menor a seu cargo, sem qualquer atribuição legal ou judicial.¹⁶

A guarda provisória surge da necessidade de atribuir a guarda a um dos genitores na pendência dos processos de divórcio. A guarda definitiva é relativa, porquanto pode ser modificada a qualquer tempo, mediante ato fundamentado do juiz.¹⁷

A guarda por terceiros obriga o responsável pela guarda à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo ao guardião o direito de opor-se a terceiros. A guarda jurídica compartilhada define os dois genitores como iguais detentores da autoridade parenteral para tomar as decisões que afetem os filhos.¹⁸

¹⁵GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 84.

¹⁶GRISARD FILHO, Waldyr, 2010, p. 85.

¹⁷Ibidem, p. 87.

¹⁸Ibidem, p. 85.

2.3 A RELAÇÃO PODER FAMILIAR COM O INSTITUTO DA GUARDA

Os filhos na idade de zero a dezoito anos, ressalvados os casos de emancipação estão sujeitos ao Poder Familiar, exercido pelos pais. Por outro lado, não é permitido aos pais renunciar tal prerrogativa, podendo se configurar crime previsto no art. 245 do Código Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.¹⁹

Maria Berenice dias e Rodrigo da Cunha Pereira explicam:

Após o reconhecimento, altera-se a situação jurídica do filho, este fica submetido ao “poder familiar”, mantida a relação de autoridade,²⁰ ainda que “sob a guarda” de outrem, desde que velados os melhores interesses da criança (e não exatamente do “menor” como ainda aparece no texto, bem ao estilo da redação anterior ao Estatuto da Criança e do Adolescente).²¹

Dessa maneira, levando em conta o princípio do “melhor interesse da criança” o legislador tomou como principal preocupação o instituto jurídico da guarda, ressaltando, primeiramente, a vontade exprimida de comum acordo pelos pais.

Por seu turno, os atributos do poder familiar em relação à pessoa dos filhos desdobram-se sistematicamente pelos incisos do art. 1634 do Código Civil e são descritos a seguir.

Em primeiro lugar, o instituto da guarda é um direito, como o de reter o filho no lar, conservando-o junto a si, o de reger sua conduta, o de reclamar de quem ilegalmente o detenha, o de proibir-lhe companhias nefastas e de frequentar determinados lugares. A guarda é de natureza do poder familiar, não da sua essência, tanto que transferida a terceiro não implica a transferência deste. A criação e a educação dos filhos cabem aos pais, conforme os arts. 1634, I, do CC, 22 do ECA e

¹⁹O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê hipótese de crime, no artigo 237, para quem “subtrair criança ou adolescente ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou ordem judicial, com o fim de colocação em lar substituto”, e, no artigo 238, para quem “prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa”.

²⁰Art. 1612. O filho reconhecido, enquanto menor, ficará sob a guarda do genitor que o reconheceu, e, se ambos o reconhecerem e não houver acordo, sob a de quem melhor atender os interesses do menor.

²¹DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 120.

229 da Carta Magna. O dever de educar abrange o de correção e disciplina, ainda que não haja previsão expressa na lei.²²

O dever de assistência compreende-se os aspectos morais que se confundem com o dever de educação e os aspectos materiais enquanto se referem à obrigação alimentar, segundo a condição e a fortuna dos pais. O direito de guarda também compreende o de vigilância, pelo qual se efetiva o dever de dirigir a criação do menor no aspecto de sua formação moral. O dever de fiscalização decorre dos pais em vigiar a correspondência do menor, fixar-lhes horários para estudos, trabalho e lazer, bem como zelar por sua saúde.²³

Compete ainda aos pais, quanto aos filhos menores, conceder-lhes ou não autorização para o casamento, cabendo aqui lembrar a possibilidade do suprimento do consentimento pelo juiz, conforme o art. 1519 do Código Civil, nomear-lhes tutor e reclamá-los de quem ilegalmente os detenha por meio de ação cautelar de busca e apreensão, prevista no art. 839 e seguintes do CPC. Assim, todos os atributos do poder e apreensão, prevista no art. 839 e seguintes do CPC.²⁴

Feitas essas considerações, o importante é conhecer as principais alterações que a Lei 11.698 de 13 de junho de 2008 introduziu no instituto da guarda, especialmente a nova redação do artigo 1583 que assim estabelece: “A guarda será unilateral ou compartilhada”. Outrossim, o artigo 1584, § 2º do Código Civil estabelece que “Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada”, que é o assunto a ser discutido no próximo capítulo.

²²GRISARD FILHO, 2010, p. 47-48.

²³Idem.

²⁴GRISARD FILHO, 2010, p. 50-51.

3 A GUARDA COMPARTILHADA

Tendo sempre como fulcro o melhor interesse da criança, o assunto da guarda compartilhada visa garantir um relacionamento de qualidade entre os pais separados e seus filhos, pois acredita-se que esse seja o melhor atende aos princípios estabelecidos constitucionalmente, no tocante à igualdade de direitos e a dignidade da pessoa humana abrangendo tanto à dignidade dos pais, como à dos filhos.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GUARDA COMPARTILHADA

Acredita-se que a inserção da mulher no mercado de trabalho, a igualdade entre homens e mulheres e o aprofundamento de estudos em relação a uma melhor qualidade de vida foram alguns dos fatores que ajudaram a criar a guarda compartilhada.

A guarda unilateral ainda é a mais utilizada na nossa sociedade com a mãe em sua maioria assumindo quase todas as responsabilidades e o pai sendo mero provedor de alimentos, função esta que nem sempre é cumprida, criando uma situação tal que pode levar o infrator à cadeia e neste caso, aqui no Brasil, funciona. Por incrível que pareça, há muitos pais na cadeia por não pagarem a pensão alimentícia.

Em que pese a sociedade ter mudado drasticamente, a tradicional visita de final semana ou a cada 15 dias ainda prevalece, a mulher sendo uma força de trabalho e o homem participando do ambiente familiar e decidindo sobre a criação dos filhos deveria ter mudado o pensamento dos magistrados que ainda adotam este regime arcaico, levando alguns a pensarem que realmente não têm mais obrigações com os menores após finalizado o casamento, nem pensam em inserir os filhos em suas vidas após esta dissolução. Porém, para Paulo Luiz Netto Lôbo, o direito de visita torna-se dispensável, embora seja possível eliminar a regulamentação de visitas nesse regime. Outrossim, é recomendável o estabelecimento de regras básicas para a convivência dos menores

com o pai, de modo a preservar sua rotina diária, assim como facilitar a organização de suas atividades.²⁵

Hoje, com o Novo Código Civil, a guarda pode ser concedida igualitariamente tanto para o pai quanto para a mãe, pois se reconhece a importância de ambos os pais no processo de formação. Assim os pais tornam-se mais presentes na educação dos filhos e em alguns casos de separação, passaram a ser guardiões oficiais dos filhos. É importante lembrar que:

Enquanto família, *legítima ou natural*, permanece física e afetivamente unida, a criança desfruta de seus genitores. A ruptura conjugal cria a família monoparental e a autoridade parental, até então exercida pelo pai e pela mãe, acompanha a crise e se concentra em um só dos genitores, ficando o outro reduzido a um papel verdadeiramente secundário (visitas, alimentos, fiscalização). Quer isso dizer que um dos genitores exerce a guarda no âmbito de atuação prática e o outro conserva as faculdades potenciais de atuação.²⁶

Nas últimas décadas houve a percepção que a guarda para um só dos cônjuges não priorizava o interesse do menor, pois o cônjuge que tinha apenas o direito de visitas afastava-se do convívio de seus filhos e com o tempo tornava-se apenas um provedor

Assim novas modalidades de guarda são buscadas para amenizar os efeitos das separações nos filhos.

Deste modo o compartilhamento da guarda passou a ser discutido.

Na realidade presente começa-se a questionar o denominado *instituto maternal*, quando a mulher notadamente a partir da segunda metade do século XX, reconhece para si outras inquietações e possibilidades, ao mesmo tempo em que o homem descobre seu *instinto paternal*, sem perder a masculinidade, tornando-se mais responsável e mais envolvido no exercício do cotidiano da parentalidade. Atualmente procura-se estabelecer a co-responsabilidade parental, uma parceria que reaproxima, na ruptura, a situação precedente, para proteger o menor dos sentimentos de desamparo e incerteza, que lhe submete a desunião. Deve ele saber que não é a causa disso, mas sobre ele caem efeitos.²⁷

²⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, vol. 16. São Paulo: Atlas, 2003, p. 123.

²⁶ GRISARD FILHO, 2010, p. 107.

²⁷ Ibidem, p. 109.

Atualmente, percebe-se que os pais devem continuar envolvidos no cuidado com seus filhos após o rompimento da relação de casamento ou união estável. A guarda compartilhada tem sido inserida aos poucos. Esta questão vem sendo estudada por psicólogos e especialistas da área de direito. Nesta linha de pensamento, Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira enfatizam:

Na linha da compreensão de que é um direito da criança manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, e, portanto, um dever deste adulto concretizar o direito. Assim, as normas legais procuram garantir o direito de convivência familiar, entendido tal direito como o básico para o desenvolvimento da criança.²⁸

Para Waldyr Grisard Filho,

A escolha desse modelo de relacionamento para o casal com seus filhos é consequência da falência do modelo patriarcal centrado na coerção e na falta de diálogo. Por isso, deve sempre ser cogitado como opção alternativa as soluções tradicionais e imutáveis: a guarda da mãe, os alimentos com o pai.²⁹

Dessa maneira, infere-se que a guarda única tornou-se obsoleta, mulheres e homens já conseguem exercer estes dois papéis: o familiar e o trabalho fora de casa, após a separação homens e mulheres precisam da colaboração mútua para se adaptar a nova rotina. Se isto não ocorrer, os filhos poderão ser gravemente prejudicados.

Para Ana Carolina Akel:

Ao inserir a guarda compartilhada no ordenamento, o legislador civil objetivou criar um novo modelo de exercício de guarda que enseja alterações nas relações paterno-filial e materno-filial, propiciando melhor desenvolvimento psicológico e maior estabilidade emocional para o menor, que não sentirá da mesma forma a perda de referência de seu pai ou de sua mãe. Com esse tipo de guarda, reduzem-se as dificuldades que as crianças normalmente enfrentam na adequação à nova rotina e aos novos relacionamentos após a separação de seus genitores.³⁰

²⁸GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. p. 313.

²⁹GRISARD FILHO, 2010, p. 142.

³⁰AKEL, Ana Carolina Silveira *apud* COLTRO, Antonio Carlos e DELGADO, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Método, 2009, p. 43.

Na opinião de Cleyson de Moraes Mello e Thelma Araújo Esteves Fraga, a guarda compartilhada é um instituto que visa regular a guarda dos filhos, mas não possui um conceito convergente, ou seja, é uma forma de obter a interação entre os elementos envolvidos de forma que ambos os genitores participem de forma direta na vida de seus filhos, como também permite que os filhos tenham ambos os genitores sob sua companhia.³¹

A guarda compartilhada, ou conjunta, é uma modalidade que garante ao menor uma melhor convivência com ambos os pais que tomam decisões conjuntas em relação à criação dos filhos e possuem os mesmos direitos e obrigações em relação aos menores. Segundo Waldyr Grisard Filho,

A guarda compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualmente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.³²

Independentemente do conceito que se adote, a guarda compartilhada está cada vez mais conquistando adeptos, pois tem efeitos benéficos para as partes envolvidas, permitindo a todos os membros envolvidos continuarem integrados mesmo que sejam separados por divórcio ou separação. Em linhas gerais, a guarda compartilhada tem o papel de tornar menos dolorosa a situação para os filhos.³³

Fabíola Santos Albuquerque aduz que a guarda compartilhada representa a divisão de todas as responsabilidades inerentes ao filho menor, assim como, consolida o direito da criança à participação de ambos os pais no acompanhamento dos filhos.³⁴

³¹ MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. **Temas polêmicos de direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003, p. 139.

³² GRISARD FILHO, 2010, p. 91.

³³ MELLO e FRAGA, 2003, p. 144.

³⁴ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 31, ago/set. 2005, p. 19-30.

Entende-se assim, que a guarda compartilhada tem como objetivo preservar a convivência familiar, proporcionando aos menores uma educação equilibrada, na qual ambos os genitores devem contribuir.

3.2 PREVISÃO LEGAL DA GUARDA COMPARTILHADA

O direito brasileiro ainda não possui norma específica sobre a aplicação da guarda compartilhada. No entanto, o uso desta modalidade é lícito e deve ser estimulado para assegurar a isonomia entre homens e mulheres.³⁵

Ana Carolina Akel manifesta-se sobre a ausência de lei específica,

Ainda que a guarda compartilhada não se encontre tipificada no ordenamento jurídico positivo, é perfeitamente possível sua utilização em diversas situações, uma vez que privilegia o convívio do menor com ambos os pais, mesmo após a ruptura da relação conjugal, mantendo o exercício comum da autoridade parental.³⁶

O Estatuto da Criança e do Adolescente resguarda o direito do menor de participar da vida familiar no artigo 16, inciso V, e no artigo 19 resguarda o direito a ser criado e educado pela família.

O Estatuto enfoca que a criança precisa do convívio com seus pais para um melhor desenvolvimento, enfoque esse primordial na guarda compartilhada.

Houve projetos de lei que visavam alterar o Código Civil Brasileiro instituindo a guarda compartilhada. O Deputado Ricardo Fiúza elaborou o projeto de Lei nº. 6.960/2002, com o objetivo de alterar o conteúdo do artigo 1583 do Código Civil, inserindo a guarda compartilhada ou conjunta, nas hipóteses de separação ou divórcio consensual.³⁷

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12.ed. ver. E atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1292.

³⁶ AKEL, 2010, p. 122.

³⁷ Ibid. p. 123.

Outro projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional, de mesma autoria sob o nº 7.312/2002, visando alterar o artigo 1584, instituindo a guarda compartilhada em casos que não haja acordo entre as partes.

O Deputado Feu Rosa, também apresentou projeto de Lei sob nº 6.315/2002, que acrescentaria um parágrafo único ao artigo 1583 do Código Civil, que faculta aos pais a homologação de um acordo celebrando a guarda compartilhada dos filhos menores. O texto não traz o conceito de guarda compartilhada dando margem a discordância quanto ao seu conceito e da mesma forma quanto a sua aplicação. Também não cuida de situações de ruptura conjugal litigiosa, sendo esta uma hipótese muito discutida na doutrina brasileira e nos tribunais, retirando a hipótese do Mediador Familiar.³⁸

Outro projeto do Deputado Tilden Santiago, sob nº 6350/2002, visava alterar os artigos 1583 e 1584 do Código Civil, instituindo a guarda compartilhada. Em dezembro de 2005, houve parecer favorável com texto substitutivo do Deputado Homero Barreto. Também foi aprovado pelo Senado no dia 23 de outubro de 2007. Houve aprovação também da Câmara de Deputados no dia 20 de maio de 2008, seguindo para a sanção presidencial. Sancionada em 13 de Junho de 2008, pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva.³⁹

3.3 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIREITO COMPARADO

O melhor relacionamento que pode existir entre pais e filhos é oferecido pela guarda compartilhada, por isto diversos países já adotaram o modelo, sempre tendo como finalidade atender ao melhor interesse da criança.

Quanto a o surgimento da Guarda Compartilhada, para Waldyr Grisard Filho,

A origem da guarda compartilhada é inglesa. Ocorrida há pouco mais de 20 anos, trasladando-se para a Europa Continental, sendo desenvolvida, primeiramente, na França, para atravessar o Atlântico, atingindo o Canadá e

³⁸MELLO e FRAGA, 2003, p. 157.

³⁹Idem.

Estados Unidos, observando-se, atualmente sua aplicação na Argentina e Uruguai.⁴⁰

Na Inglaterra, até o século XIX, o Parlamento Inglês, achava que o pai era proprietário de filhos, então a guarda era sempre atribuída ao pai em casos de conflito. Depois o Parlamento mudou o entendimento, atribuindo a guarda dos filhos à mãe.

Porém, logo, os tribunais perceberam que cometiam injustiças grandes e resolveram dividir o direito da guarda. Com esta atitude ficaram convencidos que garantia o direito de todos, os pais e a criança envolvida.⁴¹

Na França, em 1976 surgiu a primeira lei sobre a guarda compartilhada com o objetivo de minimizar injustiças causadas pela guarda unilateral. A jurisprudência que era de início tímida, foi aumentando aos poucos e colaborou muito para a promulgação da Lei 87.570/87, denominada Lei Malhuret. Essa lei modificou textos do Código Civil Francês, equilibrando-se com o entendimento jurisprudencial. A lei Malhuret confere a guarda dos filhos menores aos dois genitores, mas tendo o modelo unilateral como exceção. O artigo 373-2, da Lei Malhuret, assim dispõe: “Se o pai e a mãe são divorciados ou separados de corpo, a autoridade parental é exercida quer em comum pelos dois genitores, quer por aquele dentre eles a quem o tribunal confiou a criança, salvo, o direito de visita e de controle do outro.”⁴²

O Juiz Tourigny diz, “a guarda conjunta é, finalmente, a aplicação prática do princípio do exercício conjunto da autoridade parental no caso de fragmentação da família. Se pretende que os dois genitores conservem a autoridade parental e participem igualmente nas grandes decisões relativas à criança, esta é, certamente, a solução de privilegiar.”⁴³

A custódia guarda compartilhada é a que mais cresce nos Estados Unidos.

Segundo Casabona “a partir da década de 80, muitos Estados norte-americanos, aproximadamente 40, promulgam leis que incentivavam o contato frequente e contínuo da criança com os genitores.” Os tribunais americanos têm optado

⁴⁰ GRISARD FILHO, 2010, p. 115.

⁴¹ GRISARD FILHO, 2010, p. 134.

⁴² Ibid., 2010, p. 125.

⁴³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias Monoparentais*. São Paulo: RT, 1997, p. 268.

pela guarda compartilhada em vários de seus Estados. Nesse país cada Estado é independente para legislar, mas houve uma uniformização específica nesta área chamada de *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, literalmente Ação de Custódia Jurisdicional de Crianças.⁴⁴

Waldyr Grisard Filho demonstra que a guarda compartilhada vem crescendo como decisão judicial, no Estado do Colorado é aplicada e, mais de 90% dos casos, no Estado da Califórnia em 80%. Os pais também se demonstram satisfeitos com as decisões, pois com este modelo, o relacionamento fica melhor e o desenvolvimento emocional também, além das atividades conjuntas e crescimento da autoestima para todos os envolvidos. As Cortes Americanas chegam a decidir pela guarda unilateral em casos em que um dos cônjuges não aceita a guarda compartilhada, considerando-o inapto e decidindo em favor do outro cônjuge. Os pais americanos são majoritariamente a favor da guarda compartilhada pelos vários benefícios ao desenvolvimento das crianças. A presença constante de ambos os pais melhora o relacionamento parental evitando problemas emocionais e sociais, criando assim um ambiente saudável de acolhimento familiar, mesmo com a separação conjugal.⁴⁵

No Canadá a guarda unilateral é o modelo mais adotado e Waldyr Grisard Filho assim comenta:

Qualquer corte ao decidir sobre a guarda indagará acerca dos melhores interesses da criança. O juiz considerará muitos fatores relativos ao bem-estar físico e emocional do menor e as condições de cada um dos pais para encontrar as verdadeiras necessidades do menor. O meio econômico não é o fator decisivo. Se a criança tem mais de doze anos, o juiz considerará também a sua vontade, que não tem, entretanto, o direito de fazer a decisão por si mesmo.⁴⁶

A guarda compartilhada é bem aceita internacionalmente, sendo a regra geral em alguns lugares, a guarda única acaba por ser exceção, o magistrado precisa fundamentar a decisão de guarda única em países como os Estados Unidos.

⁴⁴ CASABONA, 2002, p. 261.

⁴⁵ GRISARD FILHO, 2010, p. 28.

⁴⁶ Ibid., p. 129.

3.3 VANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

A primeira vantagem é a de que o filho deixa de ser posse de apenas um dos genitores, deixando de ser disputado e de estar no centro entre os problemas do antigo casal. Também de se tornar um dos motivos do divórcio que é a principal dúvida do menor, dúvida esta, explorada e enfatizada pelos magoados ex-cônjuges quando seus interesses de herança e campanha difamatória assim o exigem, evidentemente com raras exceções em contrário, ou seja, quando o guardião tem apenas o pensamento prático de criar e educar o filho, sem levar nenhuma vantagem sobre o ex-cônjuge não-guardião. Nesta guarda o filho passa a estar com os pais e não a ser possuído pelos mesmos. A vontade do menor é respeitada e porque não dizer, cumprida, pois seus principais direitos que são: conviver com seus pais e tomar as próprias decisões em relação à índole e ao interesse dos mesmos pelo seu bem estar é homologado. A maior vantagem é não obrigar o filho a escolher o pai com o qual quer ficar, pois isto seria uma tarefa não apenas difícil como praticamente impossível, não há como fazer este tipo de escolha sem que haja uma perda para todos os lados é claro.⁴⁷

Karen Ribeiro Pacheco Nioac de Salles discorre sobre o interesse do menor:

Tal sistema é extremamente vantajoso para a prole, já que atende e garante o princípio do interesse maior da criança, pois a participação comum dos genitores tende, de um lado, a diminuir as eventuais dúvidas e hostilidades que normalmente acompanham a ruptura do casal, favorecendo a criança, na medida em que ambos os genitores continuam envolvidos com o destino de sua prole.⁴⁸

Outra vantagem importante é o desenvolvimento do respeito mútuo entre os ex-parceiros. A convivência diária faz com que os ex-cônjuges percebam as dificuldades que existem em educar os filhos quando se assume esta tarefa sozinho. Assumindo juntos as responsabilidades, os conflitos entre os genitores diminuem, além de praticamente eliminar o sentimento de culpa por não cuidar do filho.

Na opinião de Waldyr Grisard Filho,

⁴⁷ Ibidem, p. 73.

⁴⁸ SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. *Guarda Compartilhada*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 100.

Na guarda compartilhada há a tendência de diminuição de novos conflitos judiciais, porque o pai não se sente excluído, não tem necessidade do revide, nem se sente incomodado com o cumprimento de suas obrigações principalmente financeiras. Ele se mantém interessado e dedicado aos filhos como se casado estivesse.⁴⁹

Na guarda compartilhada as obrigações são divididas evitando a sobrecarga em apenas um dos genitores.

O psiquiatra e psicanalista Sérgio Eduardo Nick, fala sobre a importância do tempo que o menor passa com seus genitores:

Ressalta-se que para a teoria psicanalítica o tempo vivido com os pais é importante na medida em que proporciona a criança uma relação mais realística com eles. Com isso quero salientar que criança que vê pouco o genitor irá se relacionar com ele mais em fantasia, irá desenvolver uma relação imaginária com ele sem que o contrato real ajude a regular esse mundo fantasmático.⁵⁰

Na guarda compartilhada, a responsabilidade civil pelos danos causados pelos filhos, mesmo após a separação, será dos pais de forma conjunta por ambos possuírem a guarda jurídica dos mesmos.

Sobre o novo modelo de pais, Grisard Filho nos mostra que:

Observam, ainda, que há um número cada vez maior de homens que deseja continuar envolvido na vida dos filhos, mostrando menor disposição de conceder a guarda à ex-esposa. Por outro lado, há um número cada vez maior de mulheres que deseja seguir ou retomar suas carreiras juntamente com a criação dos filhos, recebendo muito bem a oportunidade oferecida pelo acordo da guarda compartilhada. Por ela, os pais podem ajustar seus horários de trabalho.⁵¹

Participar efetivamente da vida dos filhos e facilitar a comunicação entre os membros da família são vantagens da guarda compartilhada.

Sobre a convivência entre os ex-cônjuges, Ana Carolina Silveira Akel mostra a seguinte vantagem:

⁴⁹ GRISARD FILHO, 2009, p.126.

⁵⁰NICK, Sérgio Eduardo. **Guarda Compartilhada.** Disponível em: <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/97>. Acesso em: 25 out. 2013, p. 3.

⁵¹ GRISARD FILHO, 2010, p. 174.

Outra vantagem desse novo exercício de guarda é o consequente respeito que se estabelece entre os pais, pois, embora não mais convivam, para que bem desempenhem o poder familiar, devem conviver de forma harmônica, a fim de tomar as melhores decisões acerca da vida dos filhos.⁵²

Há várias vantagens de cunho psicológico na guarda compartilhada dentre elas a inserção da criança no novo grupo familiar de cada um dos pais, não há angústia alguma ante a perda da convivência de um dos genitores, por isto o desenvolvimento da criança é muito mais equilibrado.

Maria Antonieta Pisano Motta diz:

Tende também a diminuir os conflitos de lealdade os quais podem ser resumidamente traduzidos como sendo a necessidade da criança ou adolescente de escolher, defender, tomar partido de um dos pais em detrimento do outro. Quando estes sentimentos estão presentes a criança entende que a ligação, interesse, carinho, afeto, necessidade de convivência e apoio a um dos pais, significa deslealdade e traição ao outro. As consequências emocionais são muito sérias e a criança pode isolar-se, afastando-se de ambos os pais, inclusive daquele que teme estar traído e magoando.⁵³

Mais vantagens da guarda compartilhada: o filho fortalece sua autoestima, melhora o rendimento escolar, diminui sentimentos nocivos como tristeza, frustração, rejeição, medo de ser abandonado por não ser privado da presença de nenhum de seus pais.⁵⁴

O direito a convivência familiar independente da situação civil dos pais, casados, separados ou conviventes é um senso comum entre os psicólogos, este direito também garantido pela Constituição Federal.

Entende Ana Carolina Silveira Akel:

A guarda conjunta ou compartilhada não impõe aos filhos a escolha por um dos genitores como guardião, o que é a causa, normalmente, de muita angústia e desgaste emocional em virtude do medo de magoar o genitor preterido, possibilitando o exercício isonômico dos direitos e deveres inerentes ao

⁵² AKEL, 2010, p. 108.

⁵³ MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada – Uma nova solução para novos tempos*. Disponível em: <http://www.apase.org.br/91006-mariaantonieta.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

⁵⁴ AKEL, 2010, p. 106.

casamento e à união estável, ao saber, a guarda, o sustento e a educação da prole.⁵⁵

Outrossim, a separação não pode enfraquecer o elo entre os pais e os filhos, é importante que fique bem claro tanto para filhos quanto para pais que os problemas mútuos do casal que levaram a dissolução da união não têm nenhuma relação com o sentimento que nutrem pelos filhos e trabalhar de forma árdua para que nenhum dos problemas pessoais dos ex-cônjuges afete o desenvolvimento do menor.

A guarda conjunta não é a solução perfeita para todos os casos de separação, o que funciona em uma família pode tornar-se um problema em outra. Por sua vez, estudos demonstraram que, em relação às despesas com o sustento dos filhos, há uma maior concordância, principalmente no que se refere à divisão. Na grande maioria dos casos não há pensão alimentícia instituída, mas sim, divisão de responsabilidades financeiras, tais como despesas médicas e escolares ficando à cargo do pai e despesas alimentares à cargo da mãe ou vice-versa enquanto as despesas diversas ou extraordinárias sendo divididas igualmente, cabe ao magistrado saber se os termos do acordo estão sendo cumpridos pelos pais. As crianças submetidas a este modelo têm desenvolvimento emocional mais elevado e tornam-se mais pacientes. A satisfação atinge mães e pais que são submetidos a este tipo de guarda.⁵⁶

Adotando a guarda conjunta, o contato com os filhos é livre, sem horário de visitas e sem períodos determinados pelo Juiz. A convivência pode ser diária desde que haja acordo entre as partes e não atrapalhe a privacidade de nenhum dos ex-cônjuges. Em alguns casos a presença dos pais na vida dos filhos com a adoção desta guarda é maior do que quando estavam casados. Isto reforça a idéia de que o papel dos pais deve ser exercido de maneira plena não importando a situação civil, com os devidos cuidados em relação à privacidade.⁵⁷

A criança não pode servir de bode expiatório para nenhum dos pais, também não pode ser usada como arma, ser restringida em seu direito de acesso a qualquer

⁵⁵Ibidem, p. 107.

⁵⁶AKEL, 2010, p. 107.

⁵⁷Ibidem, p. 108.

dos pais, ou que informações sobre sua vida escolar, social ou de saúde seja negada por motivos de rivalidades ainda existentes entre os genitores. Todas essas situações podem ocorrer nos litígios e a guarda conjunta pode solucionar tais problemas desde que haja bom senso e os envolvidos hajam como adultos. Na guarda compartilhada a manipulação praticamente inexistente, pois as decisões sobre os filhos são tomadas em conjunto e ambos têm igual poder de decisão. Vale lembrar a importância da convivência com os avós paternos e maternos e também o contato, sempre que possível, com tios, primos, sobrinhos e todos os que fizerem parte da família, outro fato importante é manter uma relação pacífica com eventuais padrastos, madrastas e meio-irmãos que surgirem, pois nada pode ser empecilho para quebrar a harmonia dos lares a que a criança tem acesso, pelo contrário a convivência familiar plena e sem restrições deve ser o objetivo de todos os envolvidos.⁵⁸

Portanto, os direitos assegurados pela guarda compartilhada são a convivências com os pais garantindo desenvolvimento social e emocional completo, a referência materna e paterna são mantidas. O pai pode desfrutar da companhia do filho com mais frequência mantendo laços afetivos e familiares. Além de outras vantagens citadas anteriormente.

3.4 DESVANTAGENS DA GUARDA COMPARTILHADA

Este é um tópico que precisa ser muito bem reflexionado quando o assunto é atender ao melhor interesse da criança. Assim, segundo Denise Duarte Bruno,

A primeira desvantagem, é óbvia, contra-indicação do estabelecido (ou homologação) da guarda compartilhada refere-se à violência doméstica, quer seja comprovada ou que se tenham indícios significativos de que um dos genitores praticou ato de violência contra o outro ou contra um dos filhos.⁵⁹

A guarda compartilhada tem como principal obstáculo os relacionamentos conflituosos entre ex-cônjuges, em casos de violência física, cabe ao juiz determinar se

⁵⁸Idem.

⁵⁹ BRUNO, apud. CASABONA, 2002, p. 251.

há perigo de morte ou de nova violência ao adotar a guarda conjunta, determinando, nestes casos, a guarda que mais possa garantir a segurança do menor ou do ex-cônjuge que sofreu a violência. Se há rivalidades, em alguns casos insanáveis, entre os ex-cônjuges, a guarda compartilhada não é recomendável, pois o contato direto exigido pelo modelo pode acirrar essas rivalidades e causar mais danos ao menor do que benesses. Cabe ao juiz perceber essas situações e deliberar a forma mais correta possível para resguardar os direitos do menor e evitar conflitos desnecessários entre os genitores rivais.⁶⁰

Ana Carolina Silveira Akel cita os seguintes argumentos contrários, “pais que estabelecem disputas constantes e não cooperam para o cuidado dos filhos contaminam a educação dos filhos, impossibilitando qualquer tipo de diálogo e nesta hipótese, os arranjos da guarda conjunta podem ser desastrosos (...)”⁶¹

O bom relacionamento é primordial para a adoção da guarda compartilhada, Waldyr Grisard Filho assim se manifesta:

Pais em conflito constante, não comparativos, sem diálogo, insatisfeitos, que agem em paralelo e sabotam um ao outro contaminam o tipo de educação que proporcionam a seus filhos e, nesses casos, os arranjos de guarda compartilhada podem ser muito lesivos aos filhos.⁶²

Famílias com rivalidades ou dificuldades de relacionamento devem evitar a guarda compartilhada. Doutrinadores dizem que em vez disso, deve ser concedida a guarda ao genitor com menores restrições a que o outro genitor tenha acesso aos filhos. Dessa maneira, não são todos os casos em que a guarda compartilhada atenderá aos interesses de todos, os casos devem ter a análise cuidadosa do maior número de profissionais possíveis para se ter uma decisão que atende na medida do possível o interesse de todos sendo que o da criança terá um peso maior na análise.

⁶⁰CASABONA, 2002, p. 252.

⁶¹ AKEL, 2010, p. 110.

⁶² GRISARD FILHO, 2010, p. 177.

Silvio Salvo Venosa diz:

O instituto da guarda ainda não atingiu sua plena evolução. Há os que defendem ser planamente possível essa divisão de atribuições ao pai e à mãe na guarda concomitante do menor. A questão da guarda, porém, nesse aspecto, as pessoas que vivam em locais separados não é de fácil deslinde. Dependerá muito do perfil psicológico, social e cultural dos pais, além do grau de fricção que reina entre eles após a separação.⁶³

Há contradição na guarda compartilhada, pois a ideia da separação é manter o máximo de distância possível do ex-cônjuge e com esta espécie de guarda o convívio é muito maior que o desejado. Em que pese a presença constante dos genitores junto à criança, é importante que o filho conheça e entenda a situação que está ocorrendo entre os pais, sempre deixando claro que o pai e a mãe estão separados e que não haverá reconciliação. Em alguns casos pais e mães extrapolam o limite da cordialidade e passam a ser invasivos não só controlando e participando da vida da criança como também controlando a vida do ex-cônjuge, esta situação uma vez detectada deve ser levada ao conhecimento do juiz para que haja o estabelecimento de regras antes que haja uma fuga de controle da cordialidade, pois a vítima pode ser a criança que perderá o convívio dos pais, em última análise deve ser revogada a decisão da guarda compartilhada para que não existam conflitos desnecessários presenciados pelo menor.⁶⁴

Violência doméstica e distúrbios mentais ou de ordem sociológica são alguns dos fatores em que a guarda compartilhada deve ser evitada, pois a criança deve ser protegida desse genitor.

É sempre importante lembrar que os pais devem seguir as suas vidas e que o interesse do menor deve ser respeitado é apenas no papel de pais. Os novos namorados ou namoradas, que eventualmente surgirem, não devem ser empecilhos para que os pais mantenham a presença na vida dos filhos, portanto não só os ex-cônjuges devem ter bom relacionamento como as relações posteriores devem ser cordiais de maneira que não atrapalhe a presença física de qualquer dos genitores na

⁶³ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. 5 ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2005, p. 252.

⁶⁴ Idem.

vida da criança. Bom senso, diálogo e confiança ajudam muito nestas ocasiões e em casos extremos a troca de guarda para a alternada deve ser levada em conta para evitar conflitos e dissabores desnecessários.⁶⁵

Interesse da criança acima dos pessoais, mágoas deixadas de lado e entender que o sentido de família difere do exercício conjugal são fatores importantíssimos para que a guarda conjunta funcione.

3.5 APLICABILIDADE DA GUARDA COMPARTILHADA

A presença contínua dos pais proporcionada pela guarda compartilhada comprova a eficiência deste modelo na vida dos filhos.

Vale lembrar o que é a guarda compartilhada, nas palavras de Akel:

Na vivência do exercício da guarda compartilhada, a criança ou adolescente desfrutam do convívio constante com ambos os genitores, sem, contudo, ocasionar uma ruptura na sua habitualidade e uma adaptação extremamente séria e abrangente a uma nova realidade. Um dos genitores permanece com a prole e, ao outro, é conferida total flexibilidade para participar da sua vida, resultando a ambos os pais e convivência permanente com os filhos, principalmente, no que tange a assuntos importantes referentes à sua formação e educação, preservando, assim, a continuidade e o fortalecimento dos laços afetivos que existem entre pais e filhos, desde o momento da concepção.⁶⁶

Grisard Filho comenta em sua obra sobre a figura paterna em casos de separação que, “a legislação e a maioria dos julgados reduzem a figura paterna a um mero visitador sazonal e se esquecem do direito de a criança ter um pai presente, confundindo-o com a figura do cônjuge. As visitas, frequentemente, são motivo de

⁶⁵Idem.

⁶⁶ AKEL, 2010, p.113.

disputas entre os pais para com seus filhos, que acabam, ante as dificuldades encontradas, desaparecendo.”⁶⁷

A guarda compartilhada assegura o acesso aos filhos, para ambos os genitores na guarda convencional, Isso ocorre apenas com um dos genitores(o guardião) , sendo relegado o direito de visitas ao outro. Também é mantido o referencial de lar como escola, amigos e endereço fixo. O pai mantém uma convivência constante com a criança em sua casa ao menos duas vezes por semana em algumas ocasiões com pernoite; o filho começa a perceber que a casa do pai também é sua, para que isso ocorra o pai deve ter um quarto destinado ao seu filho para que ele possa se sentir em casa, receber amigos, brincar e fazer seus deveres escolares.

Os pais devem residir o mais perto possível um do outro, mesmo bairro, mas pelo menos na mesma cidade, sob o risco de tornar as visitas bastante árduas pelas grandes distâncias e a guarda se assemelhar à alternada. As decisões principais nos aspectos educacionais, religiosos, de saúde, entre outros, devem ser tomadas juntas. Nas palavras de Casabona: “Enfim, o não guardião se insere no cotidiano da criança, levando ou pegando o filho em suas diversas atividades, participando e opinando nas relações com a escola, igreja, escolhas de médicos, etc.”⁶⁸

Aos magistrados cabe mostrar aos pais que o modelo é viável, apresentando as vantagens no desenvolvimento psicológico das crianças e motivos cabais que fariam as brigas dos ex-cônjuges ficarem em segundo plano ante as necessidades urgentes de seus filhos.

3.6 A GUARDA COMPARTILHADA NO DIVÓRCIO CONSENSUAL

Nestes casos a doutrina ensina que o acordo entre os ex-cônjuges sobre a guarda dos filhos deve ser respeitado, sem excluir a possibilidade da guarda compartilhada que se não lembrado pelos pais ao menos deve ser citada pelo magistrado como sugestão.

⁶⁷ GRISARD FILHO, 2009, p. 166.

⁶⁸ CASABONA, 2002, p. 247.

Akel ensina:

Como sabemos, é muito difícil que, após a ruptura, não haja mágoas, ressentimento e discussões a respeito de bens pertencentes ao patrimônio do casal. No entanto, a guarda conjunta poderá ser estabelecida tanto nos casos de litígio ou de consenso entre o casal, desde que as controvérsias não se referiram aos filhos menores, mas ao patrimônio a ser apurado.⁶⁹

Outrossim, observa-se ser comum acreditar maiores dificuldades para o compartilhamento consensual, vez que ele deverá ser fruto do entendimento entre as partes. É uma situação supostamente mais tranqüila e livre de conflitos. Porém, nem sempre o acordado é fruto de um entendimento, pois pode ter nascido de um interesse momentâneo que, uma vez alcançado, tem como consequências ações modificadoras do acordo de compartilhamento. Por seu turno, a idéia de ser o consenso parental sobre a guarda de filhos suficiente para evitar o estabelecimento de conflitos nem sempre corresponde a realidade.⁷⁰

O desconhecimento e o preconceito são os principais entraves da adoção desta guarda e por isso, a sua aplicação é escassa, mesmo em casos de separações amigáveis.

3.7 A GUARDA COMPARTILHADA NA SEPARAÇÃO LITIGIOSA

O objetivo em qualquer separação é manter a ligação parental de maneira que os descendentes sintam o menor impacto possível após a dissolução do matrimônio. A guarda compartilhada tem todos os requisitos para a manutenção desta convivência mesmo em casos litigiosos sempre lembrando que a boa vontade dos pais e o bom senso do juiz ajudam muito na hora da aplicação do modelo.

⁶⁹ AKEL, 2010, p.106.

⁷⁰ MOTTA, 2006, p. 593.

Maria Antonieta Pisano Motta entende que:

Insistimos em que a guarda compartilhada deve ser tomada antes de tudo como um conceito, uma postura diante dos filhos de pais separados, reconhecendo sua necessidade de um relacionamento ininterrupto com ambos os pais que se encontram numa posição central e igualitária para o desenvolvimento da saúde física e psicológica de seus filhos.⁷¹

As vantagens e desvantagens da aplicação da guarda compartilhada devem ser apresentadas aos pais no momento da adoção do modelo. Esse papel cabe ao advogado, mas caso não seja feito por este poderá ser feito pelo magistrado. Desnecessário dizer que as determinações do juiz devem ser seguidas para que não haja prejuízo na aplicação da guarda e que a consciência dos pais será fundamental para que o modelo funcione.

Sempre que possível e/ou necessário profissionais de outras áreas devem atuar com os genitores para que seus conflitos pessoais sejam solucionados entre si sem que os menores sejam afetados, principalmente em casos de litígio.

Euclides de Souza diz:

Desta forma, não há dúvidas que havendo consenso, entre os pais, a Guarda Compartilhada é sempre possível. Mas quando há litígio, o compartilhamento da Guarda não se aplica em decorrência da contrariedade do genitor guardião, (fato este suficiente, nos Estados Unidos e Europa, para que haja a inversão da guarda, no melhor exemplo da aplicação eficaz da 'Lei Salomônica').⁷²

Separação conjugal não é separação filial, o magistrado deve estar atento se os motivos de evitar a guarda compartilhada não é uma espécie de vingança do ex-cônjuge. Também é responsabilidade do juiz decidir caso os pais não cheguem a um acordo em relação ao infante.

⁷¹ MOTTA, 2013, p. 3.

⁷²SOUZA, Euclides de. **Litígio não é fator impeditivo para guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/16063-consultor.htm> Acesso em: 11 out. 2013, p. 2

Outrossim, se o Judiciário pode interferir impondo uma decisão no sentido da guarda única que tem o poder de interpor rupturas significativas, por que não poderia fazê-lo na imposição do compartilhamento da guarda por espelhar esta muito mais fielmente o poder familiar? Acredita-se que sim, pois a imposição por sentença judicial por vezes obriga a experiências positivas que de outro modo não aconteceriam, revelando-se apaziguadora de conflitos.⁷³

A aplicação da guarda na separação litigiosa segundo Euclides de Souza:

No Brasil, felizmente, observa-se que muitos juízes, já aplicam o correto entendimento de que a Guarda Compartilhada deva ser coercitiva quando impedida pelo cônjuge guardião, procedimento este que por não ser majoritário em nossos tribunais, faz com que o litígio existente entre os genitores seja banalmente utilizado como desculpa para que a guarda compartilhada dos filhos não seja aceita pelos nossos operadores do Direito, causando aberrações, como até mesmo, o aconselhamento ao pai para desistir de lutar pela guarda, seja qual for, porque possivelmente terá a mínima chance em obtê-la.⁷⁴

Os genitores têm uma propensão enorme a usar seus descendentes para atingir o ex-cônjuge das piores formas possíveis, nesta linha de pensamento a guarda compartilhada deveria ser regra e a unilateral a exceção. O pensamento de Euclides de Souza segue na mesma linha, “encarar o litígio como fator impeditivo da Guarda Compartilhada é um grande erro. A guarda Conjunta pode ser imposta coercitivamente sim. E para isso, nossos magistrados sempre que possível devem procurar preservar, em seus pareceres, os laços parentais que os genitores mantinham com seus filhos antes da separação.”⁷⁵

A mentalidade deve ser mudada, a criança deve estar fora das discussões, mágoas e rivalidades, mesmo que haja a necessidade dos genitores frequentarem psicólogos para resolverem suas angústias mútuas.

⁷³ MOTTA, 2006, p. 599.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ SOUZA, 2013, p. 3.

3.8 CONSEQUÊNCIAS DA GUARDA COMPARTILHADA

Dois sentimentos povoam o pensamento do menor na separação: o primeiro de alegria por não precisar mais viver em meio a discussões, outro de tristeza pelo distanciamento de um dos pais e o medo, por conseguinte, do abandono por este genitor. O receio da rejeição e a baixa autoestima tendem a diminuir quando é aplicado o modelo da guarda conjunta.

O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A guarda uniparental é o reflexo distorcido de uma imagem em que pai e mãe deveriam ser investidos com iguais direitos e deveres em relação aos filhos em comum.⁷⁶

Sobre a guarda dos menores, Grisard Filho:

A questão da guarda de menores, ressentida do pouco trato técnico-jurídico, transborda em problemas psicoemocionais. Ela é um estágio no ciclo da vida familiar, uma circunstância descontínua deste, precedida por uma crise e seguida de mudanças estruturais com a exclusão de um membro. A partir da ruptura conjugal, é unânime isso, os filhos passam a um plano secundário, servindo de objeto de disputa entre os ex-cônjuges. Sobram aí profundas questões psicológicas, que, com informações sobre a preservação, a perpetuação e a transmissão de padrões ajudam no desenvolvimento da família pós-divórcio, como um todo, propiciando uma reassociação entre o casal conjugal e parental.⁷⁷

Doutrinadores dão conta que os pais veem grande vantagem na guarda compartilhada por acharem que há a diminuição da pensão alimentícia. Porém, esta responsabilidade não desaparece e neste modelo a pensão é paga de maneira mais satisfatória, pois o contato direto como menor mostrará onde a pensão está sendo empregada levando o não guardião a se conscientizar das necessidades de seu filho.

⁷⁶MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Dignidade Humana**. São Paulo: IOB, 2006, p. 596.

⁷⁷ GRISARD FILHO, 2009, p. 160.

3.8 APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA PELO JUDICIÁRIO

O conceito do judiciário e da sociedade precisa mudar em relação à guarda dos filhos. A participação do não guardião na vida dos filhos é fundamental, mas ainda é visto com desconfiança, desmotivando quem quer ter direitos e responsabilidade igualitárias.

A jurisprudência demonstra resistência à aplicação desta guarda.

Assim entende o Tribunal de Santa Catarina:

GUARDA DE FILHO MENOR. MANIFESTAÇÃO DO INFANTE COLHIDA SEM A PARTICIPAÇÃO DAS PARTES. INOCORRÊNCIA, NA HIPÓTESE, DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO. NULIDADE AFASTADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 10 DA LEI N. 6.515/77. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA QUE AMBOS OS GENITORES POSSUEM CONDIÇÕES DE FICAR COM A CRIANÇA. MENOR QUE MANIFESTA A VONTADE DE PERMANECER COM O PAI, DECISÃO QUE O FAVORECE, QUESTÃO QUE EXIGIA ANÁLISE MAIS APROFUNDADA. CRIANÇA EM IDADE ESCOLAR QUE PERMANECE COM O PAI POR UM LONGO PERÍODO. NECESSIDADE DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR EM PREJUÍZO DA LETRA FRIA DA LEI. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. INVIABILIDADE DE DETERMINAÇÃO DE GUARDA COMPARTILHADA, EM FACE DA RESIDÊNCIA DOS PAIS EM MUNICÍPIOS DIVERSOS E DISTANTES ENTRE SI. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, ANTE AS PARTICULARIDADES, COM A NOVA DEFINIÇÃO QUANTO AO DIREITO DE VISITAS DETERMINADO DE OFÍCIO.⁷⁸

A jurisprudência teve um bom motivo para rejeitar a guarda compartilhada já que os genitores não residiam no mesmo município, mesmo porque o infante encontrava-se em idade escolar. A adoção da guarda alternada poderia ser uma alternativa, mas também esbarraria da dificuldade em relação ao estudo, portanto neste caso a adoção da guarda única seria a mais correta. Importante ressaltar que esta distância dificulta, mas não impede a guarda compartilhada. Os genitores deveriam fazer esforços enormes de deslocamento gastando muito tempo e dinheiro em

⁷⁸ BRASIL, SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.025100-4. Relator: Des. Substituto Jorge Schaefer Martins. Joaçaba, 22/03/2007.

transportes, sacrifício esses que seriam bem menores se ambos residissem no mesmo município.

O acórdão seguinte demonstra que muitos ainda não sabem a diferença entre guarda compartilhada e alternada.

Sendo a guarda alternada completamente diferente da compartilhada, que ambos os genitores passam o tempo igual com o infante, na guarda alternada há diferença: tanto na guarda jurídica como a material, é atribuída a um e a outro dos genitores, o que implica alternância no período em que o menor mora com cada um dos pais.

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA C/C PEDIDO DE BUSCA E APREENSÃO - FILHA MENOR (2 ANOS DE IDADE) - CONCESSÃO PARCIAL DA LIMINAR PARA DETERMINAR A **GUARDA ALTERNADA** - IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO - ACUSAÇÕES FEITAS À MÃE INFUNDADAS E CARENTES DE TODO E QUALQUER SUBSTRATO PROBATÓRIO - INTERESSE DA CRIANÇA DEVE SOBREPOR-SE A QUALQUER OUTRO - RECURSO PROVIDO. A guarda de filha menor - com apenas dois anos de idade - deve ser concedida preferencialmente à mãe, a quem a natureza melhor dotou de condições para os cuidados de que necessita a prole, se nada emerge dos autos em desabono à sua conduta. Destaque-se que a **guarda compartilhada** não é aconselhável na hipótese, haja vista que esta constante alternância de ambiente familiar gerará para criança certa instabilidade emocional e psíquica, prejudicando seu normal desenvolvimento.⁷⁹

Desconhecer o funcionamento da guarda compartilhada faz com que os magistrados prefiram simplesmente descartar o modelo, imaginando que o mesmo poderá prejudicar o convívio da criança com seus pais e amigos.

Outra situação em que a guarda foi modificada por alteração na relação dos pais, deixou de haver harmonia entre os ex-cônjuges. O Tribunal do Rio Grande do Sul entendeu que a guarda única era a melhor solução, deixando apenas o direito de visitas ao outro.

⁷⁹ BRASIL, SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2002.013071-6 de Criciúma. Relator: Des. Mazoni Ferreira. Criciúma, 28/11/2002.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA COMPARTILHADA. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DO ACORDO RELATIVO À GUARDA, FIRMADO NA AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. GUARDA MANTIDA COM O PAI EM CARÁTER LIMINAR. ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE VISITAS.

Não mais existindo harmonia entre o casal, a guarda compartilhada, anteriormente acordada entre as partes, não deve mais subsistir. Guarda deferida ao pai, em caráter liminar, por demonstrar no momento condições mais favoráveis aos interesses do menor e por estar exercendo-a de fato. Diante da demonstração de saudável relacionamento entre mãe e filho, a fixação das visitas, mesmo em condição provisória, devem observar esse direito recíproco. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO EM PARTE.⁸⁰

O estado deveria ter assistido aos pais com profissionais qualificados para que seus conflitos pessoais não interferissem no relacionamento de ambos com os filhos.

Maus tratos à criança também foi motivo de suspensão da guarda compartilhada:

GUARDA DE MENOR - Decisão agravada que suspendeu o direito da mãe de ter seu filho nos dias estipulados no compartilhamento da guarda - Psicóloga que denuncia estar o menor sofrendo surras, falta de cuidados, bem como desabonando a conduta da mãe - relatório subscrito por profissional sem compromisso judicial - Prova unilateral - Fase processual que autoriza a oração pelo Juiz de relatório assinado por profissional, que responderá nas esferas civil, penal e administrativa caso fraude a verdade - Elementos dos autos que recomenda, no momento, a suspensão do regime de guarda compartilhada - Fatos narrados pelo agravado que, se verdadeiros, poderão comprometer de modo irremediável a incolumidade física e emocional da criança - Prevalência do melhor interesse da criança - Alteração do regime de visitas, permitindo à mãe, até que se esclareça a situação, visitar o filho aos domingos, das 9:00 às 18:00 horas - Necessidade de imediata realização do estudo interdisciplinar, com psicólogo e assistente social - Recurso provido em parte, com observação.⁸¹

A confirmação dos maus tratos através de testemunhos ou de avaliação de psicológica tanto da mãe quanto da criança e, porque não, do pai, poderia descartar ou confirmar a história; de maneira preventiva poderia ser suspensa a guarda até a confirmação dos fatos, sempre lembrando que o menor precisa do convívio com ambos os pais, a não ser em casos de violência como parece ocorrer na situação acima. Uma

⁸⁰ BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70022891915. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre 12/03/2008.

⁸¹ BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 4699114300. Relator: Des. Francisco Loureiro. São Paulo, 28/02/2007.

reflexão sobre o assunto, deixa claro que há muito por fazer para atender aos interesses da criança no âmbito das relações familiares.

4 O ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O princípio do melhor interesse da criança é assegurado no art. 227 do texto constitucional, o qual possui suas raízes na Declaração Universal dos Direitos da Criança adotada pela ONU em 20 de novembro de 1959, e tem como finalidade assegurar a proteção especial, oportunidades e serviços que possibilitem o desenvolvimento físico, mental, moral e social de forma saudável e normal, bem como condições de liberdade e dignidade para as crianças. Porém, não há uma definição precisa do que seja o melhor interesse do menor que é inicialmente determinado pelo juiz em caso concreto. Na doutrina,

O interesse do menor serve, primeiramente, de critério de controle, isto é, de instrumento que permite vigiar o exercício da autoridade parental sem questionar a existência dos direitos dos pais. Assim, na família unida, o interesse presumido da criança é de ser educado por seus dois pais, mas se um deles abusa ou usa indevidamente suas prerrogativas, o mesmo critério permitirá lhe retirar, ou controlar mais de perto, o exercício daquele direito. O interesse do menor é utilizado, de outro lado, como critério de solução, no sentido de que, em caso de divórcio, por exemplo, a atribuição da autoridade parental e do exercício de suas prerrogativas pelos pais depende da apreciação feita pelo juiz do interesse do menor.⁸²

Muitas vezes, há que se confrontar com situações fáticas que conduzirão os aplicadores do direito a optarem por soluções que representem o menos prejudicial para a criança e para o jovem. Nesta linha de pensamento, Luiz Edson Fachin enumera

⁸² LEITE, E.de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura conjugal. São Paulo: Edit.Revista dos Tribunais, 2003, p. 197.

alguns fatores a serem considerados na identificação do melhor interesse quando se decidem custódia e direitos de visita ou quando se aprovam adoções e guarda:

- o amor e os laços afetivos entre o pai ou o titular da guarda e a criança;
- a habitualidade do pai ou do titular da guarda em dar à criança amor e orientação;
- a habilidade do pai ou titular da guarda em prover a criança com comida, abrigo, vestuário e assistência médica (os chamados alimentos necessários);
- qualquer padrão de vida estabelecido;
- a saúde do pai ou titular da guarda;
- o lar da criança, a escola, a comunidade e os laços religiosos;
- a preferência da criança, se ela tem idade suficiente para ter opinião;
- a habilidade do pai em encorajar contato e comunicação saudável entre a criança e o outro pai.⁸³

A fixação da guarda a fim de bem atender o melhor interesse do menor deve levar em conta as condições materiais e morais dos pais conforme se confirma a seguir:

O critério do melhor interesse da criança apresenta variedade de conteúdo, sendo consagrado como uma cláusula geral e como um princípio protetivo que deve se adequar a cada caso concreto. Para a sua real efetivação se faz necessária uma situação fática, na qual são avaliados os interesses morais e materiais da criança, respeitando a particularidade das partes envolvidas.⁸⁴

No contexto da criança, “ser sujeito de direitos significa, para a população infanto-juvenil, deixar de ser tratada como objeto passivo, passando a ser, como os adultos, titular de direitos juridicamente protegidos”.⁸⁵

Por sua vez, o princípio do interesse superior da criança tem seu fundamento no reconhecimento da condição de pessoa humana em desenvolvimento como as crianças e adolescentes que ainda estão em processo de formação no aspecto físico, psíquico, intelectual, moral e social. É importante lembrar que os atributos da personalidade infanto-juvenil têm conteúdo distinto dos da personalidade dos adultos,

⁸³FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 125.

⁸⁴CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000, p. 124.

⁸⁵GROENINGA e CUNHA, 2003, p. 210.

pois são mais vulneráveis e estão em fase de formação e desenvolvimento de suas potencialidades humanas.⁸⁶

4.2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

Que critérios devem ser adotados para que a decisão reflita, efetivamente, o melhor interesse dos filhos? O desejo dos pais? O desejo da criança em relação a quem deva ter a guarda? Até que ponto o acordo entre os pais pode refletir o melhor interesse dos filhos? Ora, a aplicação do princípio do melhor interesse da criança deve ser observada em cada caso de litígio sobre guarda de criança. Na realidade, se a criança for suficientemente madura, os tribunais devem considerar a sua preferência. Porém, essa manifestação volitiva da criança não é suficiente. A estabilidade, continuidade e a permanência na relação familiar devem ser também priorizadas.⁸⁷

Nas palavras de Giselle Câmara Groeninga e Rodrigo da Cunha Pereira,

Identificamos o “melhor interesse da criança”, nos dias de hoje, como uma norma cogente não só em razão da ratificação da Convenção da ONU (por meio do Decreto 99.710/90), mas também porque estamos diante de um princípio especial, o qual, a exemplo dos princípios gerais de direito, deve ser considerado fonte subsidiária na aplicação da norma.⁸⁸

Levando em consideração esses aspectos, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina trata da seguinte forma o bem estar do menor:

GUARDA DE FILHO. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DO MENOR. CONDIÇÕES DE AMBOS OS GENITORES. PRESERVAÇÃO DOS LAÇOS PATERNOS E MATERNOS. GUARDA COMPARTILHADA. Sendo um direito

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ GROENINGA e PEREIRA, 2003, p. 215.

⁸⁸ Ibidem, p. 213.

primordial da criança conviver pacificamente tanto com o pai quanto com a mãe, ainda quando sobrevem a separação do casal, tem-se a guarda compartilhada como um instrumento para garantir esta convivência familiar. É fundamental para um bom desenvolvimento social e psicológico que a criança possa conviver sem restrições com seus genitores, devendo a decisão a respeito da guarda de menores ficar atenta ao que melhor atenderá ao bem-estar dos filhos dos casais que estão a se separar. Assim, tendo as provas até o momento produzidas indicando que ambos os genitores possuem condições de ficar com o filho menor, tem-se que a melhor solução para o caso concreto é a aplicação da guarda compartilhada sem restrições.⁸⁹

Importante lembrar que pré-requisitos devem ser levados em consideração para adoção da guarda compartilhada entre eles está a condição da criação dos filhos, por incrível que pareça, há pais sem a menor condição, não só financeira, mas psicologicamente de criarem seus filhos, então se ambos estiverem em igualdade de condições o magistrado deve adotar o modelo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MEDIDA CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS C/C GUARDA E ALIMENTOS - PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA INDEFERIDO - NECESSIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA - ADMISSIBILIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE - EXEGESE DO ART. 4º DA LEI N. 1.060/50 - GUARDA COMPARTILHADA DEFERIDA - POSSIBILIDADE - PAIS EM IGUALDADE DE CONDIÇÕES - INTERESSE DOS MENORES QUE PREVALECE SOBRE QUALQUER OUTRO - FIXAÇÃO DA VERBA ALIMENTAR EM DEZESSEIS POR CENTO DOS RENDIMENTOS DO ALIMENTANTE - PEDIDO DE MAJORAÇÃO - ALEGAÇÃO DE QUE O AGRAVADO DESFRUTA DE CONFORTÁVEL SITUAÇÃO FINANCEIRA - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - CRITÉRIO DE ARBITRAMENTO MANTIDO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Nos termos do art. 4º da Lei n. 1.060/50, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 7.510/86, a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária gratuita mediante simples afirmação, na própria petição, de que não tem condições de pagar as custas do processo sem prejuízo próprio ou de sua família. 2. Em se tratando de guarda, a escolha dos filhos é suprema em relação a outros fatores. Deste modo, possuindo ambos os pais condições de permanecer com a prole, a solução mais acertada é o deferimento da guarda compartilhada, ainda mais quando esta é a vontade das crianças e os genitores não se opõem ao compartilhamento. 3. Em sede de agravo de instrumento, o exame das provas se limita apenas ao que foi apresentado pelas partes. Não se verificando qualquer irregularidade na decisão vergastada e não comprovando a agravante

⁸⁹ BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2001.012993-0. Relator: Des. Carlos Prudêncio. Laguna, 25/03/2003.

os fatos noticiados no recurso, o pleito recursal, por conseguinte, não pode ser acolhido.⁹⁰

Enquanto algumas decisões em relação a guarda compartilhada levam em consideração apenas a harmonia entre os ex-cônjuges, deve-se lembrar que o que realmente importa é a relação entre os pais e as crianças, evidentemente se os genitores não tiverem conflito algum tanto melhor, mas privar o menor da presença de um dos pais só porque ambos não conseguem resolver seus problemas pessoais é punir o infante por uma rixa que não lhe diz respeito. As vantagens do modelo devem superar qualquer conflito pessoal entre os genitores mesmo que se faça necessário o auxílio de profissionais. Assim, deve-se levar em conta a necessidade de verificar a pessoa com quem a criança, sobretudo aqueles de tenra idade, mantém laços mais fortes de afetividade e carinho, como resultado de atendimento diário às suas necessidades biofísicas e psicológicas.⁹¹

⁹⁰ BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2002.009848-0. Relator: Des. Mazoni Ferreira. Florianópolis, 03/10/2002.

⁹¹MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003, p. 123.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução flagrante da humanidade do início do século XIX até os dias atuais fez com que a importância dos pais na vida dos filhos mudasse de maneira radical, pois detalhes cabais passaram a ser levados em consideração transformando os relacionamentos entre os genitores e seus descendentes.

De início levando-se em conta a questão financeira e neste caso sem a atuação das mulheres no campo de trabalho o homem do final século XIX e início do século XX levava excepcional vantagem em relação à guarda que só era pensada no modelo único, a mulher sempre era deixada de lado, pois não tinha condições financeiras de manter a prole, tempos depois o entendimento mudou, imaginando-se que o crescimento psicológico e afetivo da criança ficasse prejudicado sem a presença da mãe, a guarda única virou-se totalmente em prol da mãe.

Obviamente com o advento da inserção da mulher no campo de trabalho, também ela passou a ter não só condições financeiras como também as melhores condições psicológicas para cuidar dos infantes. Hoje encontramos-nos em posição de transição; o que já ocorre em larga escala em outros países, aqui caminha devagar, pois ainda mantêm-se essa antiga mentalidade de que apenas a mãe tem totais condições de criar e cuidar devidamente os filhos, mas a lei atual da guarda compartilhada pode e deve ser aplicada, o que acontece é que os magistrados têm receio de ter que estar constantemente tomando decisões em relação a vida dos filhos dos casais separados quando, na verdade, estas obrigações devem partir dos genitores.

Não se pode negar que esta situação pode ser no mínimo embaraçosa, mas como juízes entraram para este ramo de trabalho para manter a ordem, esta é com certeza uma de suas obrigações e não empurrar os problemas para debaixo do tapete

achando que cumprem sua obrigação definindo o melhor genitor segundo seu entendimento e não o interesse do infante que está na letra da lei.

O que se quer dizer é que uma vez que temos a legislação e podemos usar todos os subsídios para que o modelo da guarda compartilhada seja aplicado, não usá-la só configuraria uma desídia dos magistrados em se tornarem mais atuantes nas áreas de família, criando assim cidadãos revoltados que podem voltar aos seus tribunais como bandidos, estelionatários ou traficantes; cuidar da família também é cuidar do futuro da cidade, do estado e do país.

As visitas semanais ou a cada quinze dias são maneiras pouco eficazes de convivência com alguém que deveria estar presente o máximo de tempo possível. Com a queda do pensamento de que “o casamento deve ser para sempre” ou até adaptando a frase, “o casamento deve ser para sempre, mas o sofrimento não”, a quantidade de casamentos desfeitos aumentou e mudou o Direito de Família levando-o a preocupar-se muito mais com o desenvolvimento da criança até a sua vida adulta, tornando-os saudáveis moralmente e psicologicamente.

Assim sendo, os laços familiares devem ser mantidos, tornando a guarda única praticamente obsoleta, em que pese as decisões em sua maioria ainda serem por este modelo no nosso país.

Famílias separadas causam mágoas e sofrimentos a todos os envolvidos os infantes ou adolescentes que se vêem nesta situação não tem entendimento suficiente para evitar o sentimento de culpa em relação a ruptura do matrimônio e alguns pais que sentindo a mesma culpa acabam transferindo-a para o próprio filho ou para o ex-cônjuge tornando a relação mais conflituosa ainda.

Aplicando o modelo compartilhado estes conflitos tendem a desaparecer principalmente se o Estado atuar através do magistrado na solução e mediação dos eventuais conflitos que surgirem com a aplicação do modelo. Assim, com a presença dos pais constantemente, os danos psicológicos serão mínimos e os filhos, que têm o direito de conviver com seus pais sabendo que são amados, não terão nenhuma dificuldade de atingir a vida adulta de maneira saudável em todos os sentidos.

Evidenciou-se que mesmo em casos de separações litigiosas a guarda compartilhada deve ser aplicada até mesmo para amainar o conflito entre os ex-cônjuges deixando de lado as mágoas pessoais entre os pais e elevando o relacionamento entre os genitores e seus filhos.

Até mesmo no intuito da igualdade garantido pelo artigo 5º da Lei Maior, a guarda compartilhada tem a função de equilibrar todas as responsabilidades que não podem e não devem ser descartadas por nenhum dos genitores.

Quanto ao princípio do melhor interesse da criança, eis aí uma coisa que não pode ser deixada de lado e deve ser a tônica das decisões, nas quais o Estado deve intervir para assegurá-lo, quando os pais são negligentes. Todavia, a lei nem sempre muda a realidade, mas é preciso o envolvimento de todos os segmentos da sociedade para modificar a dura realidade vivenciada pelos infantes e adolescentes que não podem mais ficar a mercê de situações de negligência, abandono e violência que são transmitidas através das gerações.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda Compartilhada: um avanço para a família**. 2 ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2010.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Guarda Compartilhada: a justiça pode ajudar os filhos a ter pai, mãe?** Disponível em: www.mprs.mp.br/areas/infancia/.../guarda_compartilhada_mariaregina.d... Acesso em: 15 out. 2013.

ALBUQUERQUE, Fabiola Santos. As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada consensual e litigiosa. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 31, ago/set. 2005.

BRASIL, Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2007.

BRASIL, SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2005.025100-4. Relator: Des. Substituto Jorge Schaefer Martins. Joaçaba, 22/03/2007.

BRASIL. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70022891915. Relator: Des. André Luiz Planella Villarinho. Porto Alegre 12/03/2008.

BRASIL. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo de Instrumento n. 4699114300. Relator: Des. Francisco Loureiro. São Paulo, 28/02/2007.

BRASIL. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2002.009848-0. Relator: Des. Mazoni Ferreira. Florianópolis, 03/10/2002.

BRASIL, Lei nº. 4.121, de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação da mulher casada**. In: NEGRÃO, Theotônio. **Código civil e legislação em vigor**. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Lei nº 6.515, de dezembro de 1977. **Regula os casos de dissolução conjugal e de casamentos, seus efeitos e respectivos processos e dá outras providências**. In: NEGRÃO, Theotônio. 2000.

CARBONERA, Silvana Maria. **Guarda dos filhos na família constitucionalizada**. Porto Alegre: Fabris, 2000.

CASABONA, Marcial Barreto. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Quartier Latin, 2002.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA. Disponível em: http://pt.wikipedia.org/wiki/Declaração_Universal_dos_Direitos_da_Criança. Disponível em: 26 out. 2013.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e Psicanálise**. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

LEITE, E.de O. **Famílias monoparentais**: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura conjugal. São Paulo: Edit.Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil comentado**: direito de família, relações de parentesco, direito patrimonial: arts. 1591 a 1693, vol. 16. São Paulo: Atlas, 2003.

LUZ, Valdemar P. da. **Curso de Direito de família**. São Paulo: LTr, 2002.

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Barueri: Manole, 2003.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk de. **Direito das famílias**. Fortaleza: 2013.

MELLO, Cleyson de Moraes; FRAGA, Thelma Araújo Esteves. **Temas polêmicos de direito de família**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. *Guarda Compartilhada – Uma nova solução para novos tempos*. Disponível em: <http://www.apase.org.br/91006-mariaantonieta.htm>. Acesso em: 15 out. 2013.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. Compartilhando a guarda no consenso e no litígio. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e Dignidade Humana**. São Paulo: IOB, 2006

NICK, Sergio Eduardo. **Guarda Compartilhada**. Disponível em: <http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/97>. Acesso em: 25 out. 2013.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SALLES, Karen Ribeiro Pacheco Nioac de. **Guarda Compartilhada**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

SOUZA, Euclides de. **Litígio não é fator impeditivo para guarda compartilhada**. Disponível em: <http://www.apase.org.br/16063-consultor.htm> Acesso em: 11 out. 2013.

STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Guarda de filhos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. 5 ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2005.